



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**RAFAEL TORRES VIEIRA**

**DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO  
DISCIPLINAR E O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE  
SEGURANÇA 12.983/DF**

Brasília  
2010

**RAFAEL TORRES VIEIRA**

**DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O  
ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO  
JULGAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA 12.983/DF**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)  
como pré-requisito para obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito  
Administrativo Contemporâneo.

- Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida  
Barbosa

Brasília  
2010

**RAFAEL TORRES VIEIRA**

**DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O  
ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO  
JULGAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA 12.983/DF**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)  
como pré-requisito para a obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito  
Administrativo Contemporâneo.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida  
Barbosa

Brasília, 04 de dezembro de 2010.

**Banca Examinadora**

---

Prof. MSc Rui Magalhães Piscitelli

---

Prof. MSc Carlos Orlando Pinto

## RESUMO

Tendo como base os fundamentos que embasaram o julgamento do Mandado de Segurança 12.983/DF pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o presente trabalho tem como objetivo a análise dos limites do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar. A questão central da controvérsia reside em definir se há ou não discricionariedade no ato que impõe sanção disciplinar a servidor público. Havendo discricionariedade, o controle jurisdicional será restrito. Inexistindo discricionariedade, o controle será amplo. Para tanto, aborda-se o conceito de discricionariedade, sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados e a influência dos princípios constitucionais no controle jurisdicional dos atos administrativos. Após, examina-se os conceitos de processo administrativo disciplinar e de sanção disciplinar, o núcleo comum entre o direito sancionador administrativo e o Direito Penal e os princípios que regem o processo administrativo disciplinar, para, ao fim, verificar se há discricionariedade no ato que impõe sanção a servidor público e qual a sua extensão.

**Palavras-chave:** direito administrativo; processo administrativo disciplinar; discricionariedade; controle jurisdicional; limites; Superior Tribunal de Justiça.

## ABSTRACT

Based on the fundamentals that have underpinned the judgement of the Injunction 12.983/DF by the Third Section of the Superior Court of Justice, this paper aims to analyze the limits of jurisdictional control of the administrative disciplinary process. The central issue of the controversy is to determine whether or not there is discretionarity in imposing disciplinary sanction to a public servant. If there is discretionarity, the judicial control will be restricted. If not, the control will be broad. It thus explores the concept of discretionarity, its relationship with undetermined legal concepts and the influence of constitutional principles in the judicial control of administrative acts. After, concepts of administrative disciplinary process and disciplinary action, the common core between sanctioning administrative law and Penal Law and the principles governing administrative disciplinary process are examined for, at the end, verifying if there is discretionarity in the act that imposes sanction to a public servant and which is its extent.

**Key words:** administrative law; administrative disciplinary process; discretionarity; jurisdictional control; limits; Superior Court of Justice.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	06
<b>1 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CONTROLE JURISDICIONAL</b>	09
1.1 Discricionariedade e o mérito do ato administrativo	10
1.2 Discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e controle jurisdicional	14
<b>2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR</b>	22
2.1 Conceito	22
2.2 Direito sancionador: semelhanças com o Direito Penal	23
2.3 Sanções disciplinares: conceito e finalidade	28
2.4 Princípios aplicáveis ao processo administrativo disciplinar	29
2.4.1 O princípio da legalidade	29
2.4.2 O princípio da tipicidade	31
2.4.3 O princípio da proporcionalidade	34
2.4.4 O princípio da culpabilidade	37
2.5 Processo administrativo disciplinar e discricionariedade	40
<b>CONCLUSÃO</b>	46
<b>REFERÊNCIAS</b>	49
<b>ANEXO – Íntegra do acórdão relativo ao MS 12.983/DF</b>	53

## INTRODUÇÃO

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere aos limites do controle jurisdicional na revisão de processo administrativo disciplinar, era uníssona no sentido de que o Poder Judiciário deveria se restringir ao exame da sua regularidade quanto às exigências legais e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não lhe competindo aferir o mérito administrativo na aplicação da penalidade, porquanto relacionado a parâmetros de conveniência, oportunidade e justiça, principalmente no que se refere à imputação de determinada conduta ao acusado. Nesse sentido são os seguintes julgados: RMS 15.648/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 3/9/07; RMS 20.631/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, DJ 28/5/07; RMS 20.481/MT, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 11/9/06; RMS 15.398/SC, Rel. Min. PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJ 17/12/04.

No entanto, esse posicionamento foi profundamente alterado a partir do julgamento do Mandado de Segurança 12.983/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 15/2/08, no qual a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que “inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar”, de modo que “o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais”.

Tais entendimentos apresentam visões distintas acerca da atuação do administrador na imposição de sanções a servidores públicos e dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos, colocando em evidência um aparente conflito entre os princípios constitucionais da separação dos Poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional (arts. 2º e 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Com efeito, a antiga jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estava alicerçada nas lições da doutrina clássica do Direito Administrativo, de que é exemplo a lição de Meirelles (2005, p. 124), para quem o poder disciplinar “é a

faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”. Com isso, uma vez motivada a penalidade, ficaria

...justificado o ato, e resguardado de revisão judicial, visto que ao Judiciário só é permitido examinar o aspecto de legalidade do ato administrativo, não podendo adentrar os motivos de conveniência, oportunidade ou justiça das medidas da competência específica do Executivo. (MEIRELLES, 2005, p. 482)

Já o novo entendimento foi fundamentado em obra de Pereira (2007, p. 169), segundo o qual

...o amplo controle jurisdicional das sanções disciplinares não só é possível, dada à inexistência de discricionariedade administrativa, como constitucionalmente imposto, em razão dos princípios do devido processo legal e da unicidade de jurisdição.

Dos posicionamentos expostos acima, pode-se notar que o cerne da controvérsia acerca dos limites do controle jurisdicional de processo administrativo disciplinar reside em definir se há ou não discricionariedade no ato que impõe sanção a servidor. Havendo discricionariedade, o controle jurisdicional será limitado, incidindo com mais vigor o princípio constitucional da separação dos poderes, conforme entendia a jurisprudência mais antiga do Superior Tribunal de Justiça. Inexistindo discricionariedade, o controle jurisdicional será amplo, prevalecendo o princípio constitucional da unicidade de jurisdição, nos termos do novo posicionamento adotado por aquele Superior Tribunal.

Desta forma, o presente estudo pretende analisar o julgado que embasa o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cotejando seus fundamentos com o posicionamento da doutrina, a fim de verificar se há discricionariedade no ato que impõe sanção disciplinar a servidor público e quais os limites do controle jurisdicional de processo administrativo disciplinar.

Para tanto, o trabalho será dividido em duas partes.



Na primeira, será feita uma análise da discricionariedade administrativa, buscando delimitar seu conceito e compreender o real significado do mérito do ato administrativo. Além disso, para que o trabalho alcance seus objetivos, será preciso estabelecer a relação da discricionariedade administrativa com os denominados conceitos jurídicos indeterminados. Com essas informações, será possível verificar quais os limites do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Na segunda parte, serão examinados o conceito de sanção disciplinar e os princípios que regem o processo administrativo disciplinar, para, ao fim, verificar se há discricionariedade no ato que impõe sanção a servidor público e qual a sua extensão.

Importante esclarecer que o presente estudo terá como base a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Ao final, será apresentada a conclusão deste estudo, com o resumo das ideias apresentadas no decorrer do trabalho e os resultados da pesquisa.

## 1 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CONTROLE JURISDICIONAL

Como exposto na introdução, no julgamento do MS 12.983/DF, o Superior Tribunal de Justiça alterou profundamente seu entendimento acerca dos limites do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar. Nesse julgamento houve rompimento com a jurisprudência anterior, que, sob o fundamento de que o poder disciplinar seria uma competência discricionária da Administração, defendia ser limitado tal controle a aspectos formais, sendo vedado o exame do mérito do ato administrativo. O julgado em estudo foi assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

IV - Inviável a apreciação do pedido do impetrante, já que não consta, neste *writ*, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de cassação de aposentadoria aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.

Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias. (MS 12.983/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Terceira Seção, DJ 15/2/08)

Assim, por entender que não há discricionariedade no ato que impõe sanção disciplinar a servidor público, decidiu-se que o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar seria amplo.

Desta forma, para melhor compreensão acerca dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos, necessário realizar, num primeiro momento, uma revisão do conceito de discricionariedade e da sua relação com os denominados conceitos jurídicos indeterminados.

### **1.1 Discricionariedade e o mérito do ato administrativo**

Classicamente, a doutrina distingue os atos administrativos entre os expedidos no exercício de competência vinculada e os expedidos no exercício de competência discricionária. Haveria vinculação quando o ato é praticado conforme o único comportamento que a lei prescreveu para a Administração Pública. Já a discricionariedade ocorreria quando o ato é praticado de acordo com um dos comportamentos previstos na lei, cabendo à Administração escolher aquele que melhor atenda a seus interesses mediante critérios de conveniência e oportunidade (GASPARINI, 2004).

De acordo com essa visão, é possível notar que a Administração, no exercício da sua competência vinculada, estaria completamente submetida ao princípio da legalidade, somente podendo praticar o ato determinado pela lei. Já no que se refere ao exercício da competência discricionária, esse posicionamento passa uma ideia de liberdade, em que a Administração poderia escolher livremente uma das alternativas oferecidas pela lei de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Esses critérios de conveniência e oportunidade comporiam o mérito do ato administrativo, que estaria no sentido político do ato e compreenderia os aspectos “atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo”. Ademais, tais critérios

envolveriam interesses e não direitos, pelo que seriam “estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional” (FAGUNDES, 2005, p. 180, 181).

Com base nessa visão é que o Superior Tribunal de Justiça havia firmado sua jurisprudência mais antiga no sentido de que o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar seria limitado a aspectos formais, sendo vedado o exame do mérito do ato. A propósito, transcrevem-se as ementas dos seguintes julgados:

RECURSOS ORDINÁRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA DO SECRETÁRIO DE ESTADO E SEGURANÇA PÚBLICA PARA APURAR INFRAÇÃO E APLICAR PENA DE SUSPENSÃO A POLICIAIS CIVIS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO. PODER JUDICIÁRIO. VEDADA SUA INTERFERÊNCIA NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

(...)

2. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do processo administrativo disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo vedada qualquer interferência no mérito administrativo.

3. Recursos ordinários não-conhecidos. (RMS 10.233/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJ 12/2/07)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL. PRESCRIÇÃO REGULADA PELA LEI PENAL. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. PRAZO PRESCRICIONAL PELA PENA EM ABSTRATO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SUFICIÊNCIA E VALIDADE DAS PROVAS. MÉRITO ADMINISTRATIVO.

(...)

3. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo disciplinar, compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe vedado a revisão do material fático apurado no processo administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento, notadamente no que se refere ao exame da existência, ou não, de indícios de autoria, materialidade e dolo do acusado.

4. Recurso improvido. (RMS 15.648/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 3/9/07)

No entanto, tendo em vista a ascensão do princípio da juridicidade, tal definição de discricionariedade é tida por incompleta. Com efeito, pela noção de legalidade, exigia-se apenas que os atos administrativos fossem praticados em conformidade com as leis, ou seja, com as regras. Já pelo princípio da juridicidade, além das regras jurídicas, os atos administrativos devem obedecer aos princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição Federal. Assim, conforme afirma Moraes (2004, p. 29-30),

A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da ideia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita.

Isso faz com que não haja a pura discricionariedade, nem a pura vinculação. Segundo Freitas (2009b, p. 364), “até nos atos vinculados existe campo de liberdade residual”, pois a necessária observância ao princípio da legalidade não pode ser realizada de modo excludente “a ponto de fazer a autoridade administrativa depreciar outros princípios igualmente vinculantes e os ônus argumentativos favoráveis ao primado dos direitos fundamentais”.

Desse modo,

...a antiga distinção entre atos vinculados e discricionários não desaparece, mas é forçosamente abrandada, sem se deixar de classificar os atos administrativos consoante a maior ou menor liberdade do agente, contudo tendo presente que a distinção só se explica pela maior ou menor vinculação ao princípio da legalidade estrita, compreendida como um dos princípios. Princípio que reclama ser devidamente entrelaçado aos demais. (FREITAS, 2009b, 378)

Na mesma linha é o entendimento de Krell (2004), para quem:

...o ato administrativo "vinculado" não possui uma natureza diferente do ato "discricionário", sendo a diferença, no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador, quantitativa, mas não qualitativa. A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não

existem na prática; a intensidade vinculatoria depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei.

Assim, são insuficientes os conceitos de discricionariedade que levam em consideração apenas a questão do mérito administrativo, ou seja, a conveniência ou oportunidade do ato (MELLO, 2008b, p. 27-28). Isso porque, nos casos de discricionariedade, o administrador está “perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei” (MELLO, 2008b, p. 33).

No mesmo sentido é a lição de Freitas (2009a, p. 35), para quem a Administração nunca desfruta de liberdade para escolher ou deixar de escolher, tendo em vista que deve praticar o ato na busca da melhor alternativa, sempre levando em consideração as consequências do ato no plano concreto.

Nesse contexto, a finalidade do ato administrativo é sempre vinculada ao atendimento de um interesse público; a discricionariedade, por sua vez, é a competência atribuída por lei para que a Administração defina o resíduo de legitimidade necessário à definição dos elementos essenciais à prática de um ato. Assim,

...pode-se apresentar a discricionariedade como uma técnica desenvolvida para permitir que a ação administrativa defina com precisão suficiente um conteúdo de oportunidade e conveniência que possa a vir a constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma legal como finalidade. (MOREIRA NETO, 2001, p. 46)

Com isso, a oportunidade e a conveniência são as dimensões do mérito, pois atuam na função de integrar os elementos motivo e objeto. A discricionariedade, por sua vez, é a competência atribuída à Administração para valorar o motivo e para escolher acertadamente o objeto, sempre dentro dos limites da lei (MOREIRA NETO, 2001, p. 48, 50).

No mesmo sentido é a lição de Moraes (2004, p. 50), para quem o mérito consiste na valoração e complementação dos motivos e na definição do conteúdo do

ato por meio de critérios não positivados (conveniência e oportunidade), que significam a idoneidade do ato para concretizar o interesse público.

## **1.2 Discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e controle jurisdicional**

Nesse ponto, para que se possa ter uma noção correta do sentido de discricionariedade e dos limites do controle jurisdicional sobre ela, necessário estabelecer a sua relação com os denominados conceitos jurídicos indeterminados, cada vez mais utilizados na legislação, como, por exemplo, na Lei 8.112/90, que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

Segundo Osório (2009), o uso dos conceitos jurídicos indeterminados é necessário à ordem jurídica, pois permitem que a norma jurídica se adapte a novas situações que não poderiam ter sido previstas pelo legislador. Assim:

As cláusulas gerais cumprem funções de proporcionar abertura e mobilidade do sistema jurídico, isto é, abrem o sistema jurídico para inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa aos casos concretos. Nesse sentido, a cláusula geral possui função individualizadora, conduzindo ao direito do caso, e permite, ainda, formação de instituições para responder aos novos fatos, com força sistematizadora. Trata-se de estabelecer, pela via legal, uma referência ao julgador, o qual poderá buscar pontos de conexão entre os diversos casos concretos. (OSÓRIO, 2009, p. 218)

Os conceitos jurídicos indeterminados são comuns a todas as áreas do Direito, sendo exemplos as expressões: boa-fé, autonomia de vontade, atividade poluidora, exercício das atividades com zelo, etc. A diferença estaria no fato de que a atividade interpretativa, no direito público, é realizada pela Administração. Já no

direito privado, o juiz é quem definirá o alcance da significação de tais conceitos (TOURINHO, 2004, p. 318-319).

Com base nessa diferença, muitos defendem que a Administração, quando confrontada com um caso regulado por conceitos jurídicos indeterminados, estaria no exercício de sua competência discricionária, podendo editar atos administrativos de acordo com os seus critérios de conveniência e oportunidade (QUEIRÓ, 1940 *apud* TOURINHO, 2004, p. 319).

No entanto, García de Enterría e Fernández (1990, p. 392) defendem a necessidade de se distinguir a discricionariedade da hipótese de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Aquela seria a liberdade de eleição entre opções igualmente justas, ou seja, entre indiferentes jurídicos. Já a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados seria um caso de aplicação da lei. Nesse sentido é o seguinte exemplo dado pelos citados autores:

...a promoção de funcionários por eleição permite considerar igualmente justas a designação de João como a de Pedro ou a de Antônio, precisamente porque se trata de uma discricionariedade; entretanto, se se tratasse de aplicar o conceito jurídico indeterminado de falta de respeito em um procedimento disciplinar não seria igualmente justo que se reprovasse a um ou a outro funcionário, ou que se qualificasse uma mesma conduta alternativamente como respeitosa ou como desrespeitosa; só uma única solução será a justa com exclusão de toda outra. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 394)

Isso porque, como os conceitos jurídicos indeterminados se referem a hipóteses concretas, em sua aplicação ou se daria, ou não se daria o conceito. Destarte, somente permitiriam uma solução justa em cada caso, ao contrário do exercício de uma potestade discricional, que permitiria uma pluralidade de soluções justas. Assim, por se tratar de um caso de aplicação e interpretação da lei, o juiz poderia fiscalizar a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, verificando se a solução encontrada seria a única solução justa permitida pela lei (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 394).

No mesmo sentido é o entendimento de Pires (2008, p. 117), para quem:



Os conceitos jurídicos indeterminados aninham-se na seara da interpretação jurídica. Por ingente que seja a dificuldade de determinação, ainda assim, trata-se, sempre e em toda situação de interpretação jurídica, da busca da unidade de solução justa, de uma ponderação de um juízo disjuntivo. Não há, em suma, uma pluralidade de decisões legítimas ao mesmo intérprete, não pode o intérprete dizer que é conveniente e oportuno, naquele contexto, entender que boa-fé é representada por tal comportamento, e depois voltar atrás e dizer que não é mais conveniente assim, ou que diante de outro fato, de estrutura fática similar, deixar de qualificá-lo juridicamente como na véspera foi qualificado porque não é oportuno tal entendimento.

Conforme salientado na introdução, no julgado objeto do presente estudo, o Superior Tribunal de Justiça fundamentou sua decisão na obra de Pereira (2007). A propósito, transcrevem-se os seguintes trechos do voto condutor do MS 12.983/DF:

Em recente obra lançada sobre o tema, afirma-se, exatamente em razão do cogitado regime jurídico disciplinar,

"que o amplo controle jurisdicional das sanções disciplinares não é só possível, dada à inexistência de discricionariedade administrativa, como constitucionalmente imposto, em razão dos princípios do devido processo legal e da unicidade de jurisdição. Garante-se, enfim, a efetiva tutela de direitos constitucionais do servidor público e não o mero reconhecimento do processo administrativo disciplinar, cuja decisão final ficaria imune ao reexame do órgão constitucional competente para afirmar, com definitividade, a violação ou não a Direito." (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 169)

(...)

A propósito da decisão adequada que impõe a sanção disciplinar, afirma o autor da referida obra:

"Conclui-se que a decisão correta ou adequada emerge da consideração de todas as peculiaridades do caso, as quais são apontadas pelas partes, por meio de um processo desenvolvido em contraditório que se vincula ao paradigma de Direito vigente. A legitimidade da decisão correta não reside, por conseguinte, no "juízo" do julgador [administrativo], simplesmente." (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 37)

Da análise da obra do citado autor, verifica-se que, mesmo partindo de marco teórico diverso, compartilha do entendimento de que, após a consideração de todas as peculiaridades do caso concreto, surgiria apenas uma decisão correta (PEREIRA, 2007, p. 36).

Para Pereira (2007, p. 28), é necessário distinguir a fase de fundamentação da fase de aplicação das normas, conforme Teoria da Adequabilidade Normativa de Klaus Günther. De acordo com tal teoria:

Ao falar da aplicação de uma norma, está-se referindo à adequabilidade, que só acontece por meio de um processo de concreção em que se descobrem todas as características da situação, bem como se analisam todas as normas que eventualmente podem ser aplicadas ao caso concreto. Não está em pauta a validade da norma, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação. (PEREIRA, 2007, p. 31)

Desta forma, o uso de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador não implicaria discricionariedade administrativa, pois o discurso de aplicação não resultaria em opções para o administrador, mas na decisão adequada para o caso, plenamente sindicável pelo Poder Judiciário (Pereira, 2007, p. 108-109).

De acordo com o que será exposto adiante, adota-se a mesma conclusão, no sentido de que o processo administrativo disciplinar é plenamente sindicável pelo Poder Judiciário, não havendo falar em discricionariedade. No entanto, nesse trabalho se defende o entendimento de que a premissa adotada por Pereira (a da existência de única decisão correta para cada caso) não é viável em todas as hipóteses de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

De acordo com a lição de Grau (1988), os conceitos jurídicos indeterminados, na verdade, não existem, pois a indeterminação está apenas nos termos que os expressam e não nas ideias que representam. Desta forma, na aplicação dos conceitos indeterminados a Administração emite juízos de legalidade, aplicando o Direito, o que permite, em tese, apenas uma única solução justa.

No entanto, conforme salienta Grau (1988, p. 75), no exercício da atividade jurídica não existem reais unidades de soluções justas, pelo que se deveria buscar, na verdade, soluções corretas, isso porque

...a aplicação do Direito não é ciência, mas prudência. As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de uma ou outra significação (conceito) a determinada coisa, estado ou situação, linear e unidimensionalmente, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que, efetivamente, confere ao Direito aquele caráter, de prudência e não de ciência. (GRAU, 1988, p. 76-77)

Segundo Krell (2004), o uso de conceitos jurídicos indeterminados e a concessão de discricionariedade servem para o mesmo objetivo, sendo difícil a fixação de critérios para definir onde terminaria o trabalho de interpretação e começaria a discricionariedade. Deste modo, “A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal” (KRELL, 2004).

Apesar disso, a distinção entre tais conceitos é válida para demonstrar que muitos dos atos ditos como discricionários permitem um maior controle jurisdicional e para reduzir a extensão do conceito do “mérito” do ato administrativo (KRELL, 2004).

Para Mello (2008b), seria exagerado considerar que, quando confrontados com o caso concreto, os conceitos jurídicos indeterminados (ou imprecisos) ganhariam, sempre, densidade capaz de afastar as dúvidas sobre a aplicação dos conceitos que designam. De modo que, muitas vezes,

...mais de uma interpretação seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vozes de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado. (MELLO, 2008b, p. 22)

Semelhante é a lição de Freitas (2009a, p. 35), para quem o administrador também não está obrigado a alcançar a única opção correta. O seu dever estaria em apresentar motivação aceitável para a sua escolha, de modo que

“O erro manifesto, a desproporcionalidade e a transgressão principiológica viciam mortalmente o ato discricionário, ainda que válido *prima facie*”.

Isso decorre do fato de que os conceitos jurídicos indeterminados compreendem uma zona de certeza positiva, em que todos concordam com sua aplicação; e uma zona de certeza negativa, quando é certa a sua não aplicação. No entanto, entre essas zonas, pode haver um espaço de dúvida sobre a aplicação de determinado conceito, em que mais de uma solução seria razoavelmente aplicável ao caso (MELLO, 2008b, p. 29). Seriam os “casos-limite” de que trata Osório (2009, p. 216).

Porém, a possibilidade de existência de uma zona de incerteza na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não significa a impossibilidade de controle jurisdicional do ato, pois a figura da decisão administrativa completamente insindicável não é mais aceita, uma vez que a motivação há de indicar, de modo suficiente, os fundamentos da juridicidade da escolha realizada” (FREITAS, 2009a, p. 25), a fim de que se possa concretizar o direito fundamental à boa administração pública<sup>1</sup>.

Esse entendimento decorre do princípio da unicidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), que permite que o juiz

...sindique todo e qualquer vício de descumprimento dos princípios fundamentais, o que implica redimensionamento da sindicabilidade das relações administrativas, recordando que inexistente discricção pura ou não-controlável principiológicamente pelo Poder Judiciário. (FREITAS, 2009b, p. 120)

Assim, a discricionariedade decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados ficará restrita “ao campo de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda. Fora daí não haverá

<sup>1</sup>Freitas (2009a, p. 22) assim conceitua esse direito fundamental: “trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.

discrecionalidade, mas, vinculação” (MELLO, 2008b, p. 31-32). Nessa linha de pensamento, é possível definir a discrecionalidade como

...a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2008b, p. 48)

Desta forma, no controle jurisdicional do ato administrativo, é permitido ao juiz verificar todas as circunstâncias fáticas do ato para examinar até que ponto o campo de liberdade do administrador foi reduzido, sendo certo que, nos casos em se possa acordar que, diante do caso concreto, apenas uma conduta era razoável, só ela poderia ser adotada (MELLO, 2008b, p. 43).

Com isso, a liberdade plena do administrador para escolher entre as alternativas oferecidas pela lei só existe em abstrato. Diante do caso concreto, em que serão apresentadas todas as suas circunstâncias fáticas, o administrador estará perante “o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei” (MELLO, 2008b, p. 33).

Diante dessas premissas, conclui-se que a melhor solução para o tema é a adotada por Krell (2004), para quem a determinação da margem de livre apreciação que a Administração goza na aplicação de um conceito jurídico indeterminado depende da competência técnica para a prática do ato. Isso decorre da visão de que o princípio clássico da separação dos poderes deve ser entendido como uma divisão de funções, pelo que “o controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da decisão judicial uma qualidade material pelo menos igual à da decisão administrativa que se pretende corrigir” (KRELL, 2004).

Isso decorre do fato de que existem conceitos indeterminados relacionados a matérias de alta complexidade técnica (licenciamentos ambientais,

zoneamento urbano, etc.) que dificultam o controle jurisdicional no sentido da existência de uma única solução correta. Assim,

...merece preferência uma graduação do controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática, com a consequência de que os tribunais, em determinadas matérias, devem respeitar mais as decisões administrativas. (KRELL, 2004)

No mesmo sentido é a posição de Wimmer (2008), que defende o reconhecimento de que, em campos de alta especialização técnica, o conhecimento específico e a experiência de determinados órgãos da Administração Pública podem os tornar mais legitimados a proferir uma decisão final, ante a ausência de parâmetros do Poder Judiciário. Assim,

Os objetivos de limitação de arbitrariedades e proteção de direitos individuais por meio de controle judicial só serão atendidos se da decisão judicial puder esperar um nível de qualidade técnica e fundamentação material equivalente à da decisão administrativa combatida. Situação contrária importa em substituir suposta arbitrariedade administrativa pela arbitrariedade judicial.

Nesse contexto, não obstante se discorde da teoria da “única solução correta” na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, chega-se à mesma conclusão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento objeto do presente estudo, no sentido de que, na aplicação de sanções a servidores públicos, o controle jurisdicional do ato administrativo é amplo, não havendo falar em discricionariedade.

De acordo com o que será exposto no próximo capítulo, o processo administrativo disciplinar é submetido a princípios e regras afetas ao Poder Judiciário (legalidade, tipicidade, culpabilidade, contraditório, ampla defesa), de modo que, em observância à “divisão de funções” mencionadas acima, a decisão judicial no caso teria “qualidade material” ao menos equivalente à da decisão administrativa que se pretende corrigir.

## 2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

### 2.1 Conceito

Conforme salientado por Carvalho Filho (2009, p. 16), há grande divergência na doutrina acerca do conceito de processo administrativo e da sua distinção para o procedimento administrativo.

Para Bacellar Filho (1998, p. 45-47), o procedimento é requisito essencial da atividade estatal, sendo forma de explicitação de competência. Deste modo, o procedimento administrativo seria um conjunto de atos vinculados a uma finalidade. Ainda de acordo com o citado autor, por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal, quando caracterizada uma situação em que haja litigantes e acusados, exigindo a participação de interessados em contraditório, os procedimentos administrativos resultam em processos administrativos.

Já Carvalho Filho (2009, p. 20-24) distingue processo de procedimento. Para ele, a noção de processo indica um objetivo, um fim a ser alcançado. Procedimento, por sua vez, seria o meio, o instrumento necessário para que o processo alcance o seu fim.

No entanto, quanto à divergência doutrinária acerca da conceituação de processo e procedimento administrativo, adota-se a posição de Mello (2008a, p. 478), no sentido de que “Não é o caso de armar-se um ‘cavalo de batalha’ em torno de rótulos”.

Como lembra o autor, o termo procedimento é mais tradicional no âmbito administrativo, relegando o termo processo para a esfera jurisdicional. Porém, no Brasil, as leis que tratam do assunto, em especial a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, se referem a ‘processo’. Assim, a despeito de não considerar relevante a distinção entre os termos, entende ser mais adequado o uso de ‘processo’ para os casos contenciosos a serem solucionados por um julgamento administrativo e de

‘procedimento’ para designar a modalidade ritual de cada processo (MELLO, 2008<sup>a</sup>, p. 478).

Feitos esses esclarecimentos, adota-se o seguinte conceito:

Processo administrativo é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela Administração Pública. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 24)

De acordo com Carvalho Filho (2009, p. 30), entre as modalidades de processo administrativo estão os com objeto punitivo, que são aqueles em que, apuradas irregularidades ou situações ilegais na Administração, ensejam a aplicação de punições aos infratores. Esses processos podem ser subdivididos em externos e internos. Os primeiros estão relacionados com o poder de polícia de que é dotada a Administração, incidindo sobre os administrados em geral. Já os internos se referem à relação Administração-servidor público e decorrem do exercício da hierarquia e do dever de disciplina.

Com isso, adequando-se o conceito exposto acima ao tema do presente estudo, pode-se definir o processo administrativo disciplinar como o instrumento formal que tem por objetivo apurar infrações disciplinares praticadas por servidores públicos.

## **2.2 Direito sancionador: semelhanças com o Direito Penal**

Como visto na introdução, até o julgamento do Mandado de Segurança 12.983/DF, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era uníssona no sentido de que o controle jurisdicional do ato administrativo que impõe sanção a servidor público era limitado à legalidade do processo disciplinar, sendo vedado o exame do



mérito do ato quanto aos aspectos de conveniência, oportunidade e justiça da penalidade.

Tal entendimento estava alicerçado nas lições da doutrina clássica do Direito Administrativo, de que é exemplo a obra de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 124-125), segundo o qual o poder disciplinar seria uma faculdade (ou seja, uma atividade discricionária) do administrador de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração, sendo vedado ao Poder Judiciário o exame do mérito do ato.

Esse posicionamento também é compartilhado por Carvalho Filho (2005, p. 50-51), que afirma que, de acordo com a gravidade da conduta apurada, competirá à autoridade administrativa a escolha da penalidade a ser aplicada, não cabendo ao Poder Judiciário a alteração da sanção escolhida, mas apenas invalidá-la em casos de ilegalidade.

Igual é o pensamento de Costa (2008, p. 570-571), para quem o controle jurisdicional do ato que impõe sanção a servidor público deve ser limitado ao exame dos aspectos extrínsecos da punição, de modo que as questões referentes “à justiça ou injustiça do ato, à sua conveniência ou inconveniência, atendeu-se, ou não, aos interesses da administração, escapam por completo da tutela jurisdicional”.

No entanto, tendo em vista os princípios e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, o regime jurídico estatutário a que estão submetidos os servidores públicos e a relação entre discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados exposta no capítulo anterior, chega-se à conclusão que o administrador não tem liberdade na condução do processo disciplinar ou na escolha da sanção a ser aplicada.

A visão de que o regime disciplinar concede ao administrador liberdade na escolha das sanções é que levou García de Enterría e Fernández (1990, p. 891) a concluir que “o Direito Administrativo sancionador é um direito repressivo pré-beccariano”. Tal conclusão decorre da análise de que, diante da recusa dos administrativistas em utilizar técnicas semelhantes às que são aplicadas pelo Direito

Penal, o Direito sancionador administrativo tem aparecido como um direito repressivo primário e arcaico,

...onde continuam tendo cabida as antigas e grosseiras técnicas de responsabilidade objetiva, do *versare in re illicita*, de hipóteses estimativas e não tipificadas legalmente das infrações sancionáveis, das provas por presunção [...]. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 891)

No mesmo sentido é a opinião de Mello (2006, p. 299), que defende o reconhecimento de que o Direito Penal e o Direito sancionador possuem um núcleo comum, formados por princípios que decorrem da opção constitucional por um Estado de Direito e que deveriam ser observados em toda manifestação do poder punitivo estatal. Isso porque é

...o mesmo Estado que impõe a sanção administrativa e a sanção penal, muito embora no exercício de funções estatais distintas, o que confere regimes jurídicos diversos a um caso e ao outro. (MELLO, 2006, p. 300)

Conforme ensina Osório (2009, p. 143-144), respeitadas as suas peculiaridades, tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo devem obedecer à Constituição Federal, submetendo-se aos princípios constitucionais que regem o poder punitivo estatal. Além disso, não obstante as notórias diferenças que ainda existem entre os citados ramos do Direito, é evidente que “progressivos processos de aproximações e globalização das fontes tendem a constituir direitos fundamentais comuns, senão similares, às relações expostas ao poder sancionador do Estado” (OSÓRIO, 2009, p. 206).

Pereira (2007, p. 57), por sua vez, entende que os princípios de Direito Penal não são automaticamente aplicáveis ao Direito sancionador, “já que nem a legalidade, nem a reserva de lei, nem a tipificação e nem a culpabilidade têm idêntico alcance no Direito Penal e no Direito Administrativo”.

Importante lembrar a observação de Osório (2009, p. 228-229), no sentido de que, respeitado o núcleo básico das garantias fundamentais, o conteúdo desses princípios pode variar de acordo com a relação jurídica analisada. Cita o caso dos agentes públicos, em que há categorias submetidas a controles mais rígidos que outras, de acordo com a natureza de suas funções, como, por exemplo, os militares.

Assim, respeitadas as peculiaridades dos citados ramos do Direito, pode-se afirmar que: a) a definição das infrações e a fixação das sanções administrativas estão sujeitas aos princípios da legalidade e da tipicidade; b) a configuração da ilicitude depende da presença de um elemento subjetivo reprovável; c) a sanção está subordinada ao princípio da proporcionalidade; e d) é necessária a observância do devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa (JUSTEN FILHO, 2010, p. 991).

Entendimento semelhante foi adotado no julgamento do caso em estudo, MS 12.983/DF, tendo o Min. Felix Fischer assim fundamentado o seu voto:

Resta saber se é possível admitir, no ato que impõe sanção a servidor público, espaço para discricionariedade administrativa. Ou melhor, e para nos aproximarmos do caso concreto: o ato de demissão de cargo público viabiliza juízo de conveniência e oportunidade capaz de limitar o respectivo controle jurisdicional? Ao reexaminar essa questão, penso que deve ser afastada a tese de que existiria discricionariedade administrativa no ato que resulta em sanção a servidor público. Valho-me, para tanto, do regime jurídico disciplinar, cujos contornos encontram-se na própria Constituição Republicana de 1988: princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Além disso, antes que se passe ao exame dos principais princípios aplicáveis ao regime disciplinar, cabe ressaltar que o art. 143 da Lei 8.112/90 é expresso ao determinar que “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

Ademais, o art. 320 do Código Penal tipifica como crime de condescendência criminosa o ato do servidor que deixa, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não leva o fato ao conhecimento da autoridade competente.

Cabe ressaltar que, mesmo a regra prevista no art. 144, parágrafo único, da Lei 8.112/90, não autoriza discricionariedade na atuação do administrador. Não é oferecida uma opção à autoridade para escolher entre arquivar ou não a denúncia. O referido dispositivo legal apenas permite o arquivamento da denúncia, por falta de objeto, quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal.

Desta forma, apenas após a análise do caso concreto será possível concluir se será ou não o caso de arquivamento da denúncia. Havendo indícios de que o fato narrado configura infração disciplinar ou crime, a denúncia deverá ser apurada na forma legal. Por outro, configurada uma das hipóteses previstas no art. 144, parágrafo único, da Lei 8.112/90, o administrador deve determinar o arquivamento da denúncia.

Assim, de plano, já é afastada a possibilidade de discricionariedade da Administração na iniciativa de apurar a prática de infrações disciplinares e de responsabilizar o infrator.

Oportuno ressaltar que, além da previsão contida no art. 143 da Lei 8.112/90, o art. 5º, LV, da Constituição Federal determina que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ou seja, a apuração de responsabilidade pela prática de infrações disciplinares deve obedecer ao devido processo legal, o que também afasta a possibilidade de atuação discricionária da Administração na condução do processo administrativo disciplinar.

Reforça esse entendimento o disposto no art. 41, § 1º, I e II, da Constituição Federal, que, ao tratar da responsabilização por infrações penais ou disciplinares, determina que o servidor público estável somente perderá o cargo em

virtude de sentença judicial transitada em julgado ou após processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Assim, para que seja aplicada sanção disciplinar a servidor público, é necessária a adoção de procedimento, no caso dos servidores públicos federais aquele previsto na Lei 8.112/90, em que sejam asseguradas ao acusado diversas garantias constitucionais, o que reduz a margem de liberdade de atuação da Administração.

Diante dessas premissas, necessária uma breve análise do conceito de sanção disciplinar e dos principais princípios que devem reger o processo administrativo disciplinar.

### **2.3 Sanções disciplinares: conceito e finalidade**

As sanções disciplinares são aquelas impostas, pela própria Administração, às pessoas que estão submetidas a uma relação de sujeição especial (servidores públicos, por exemplo) por infrações cometidas contra a disciplina interna que rege tal relação (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 877).

Segundo Mello (2006, p. 302-303), as sanções administrativas podem ser classificadas em duas categorias: as sanções de caráter retributivo e as de caráter ressarcitório. As retributivas são aquelas que se esgotam com a aplicação de um mal ao infrator, consistem apenas em uma retribuição pela prática da infração, sem nenhuma pretensão de restauração do *status quo ante*. Já as sanções ressarcitórias buscam reparar o dano causado à vítima da infração, indenizando os prejuízos, numa tentativa de restabelecer a situação original.

Desta forma, por se resumir a sanção retributiva a um mal imposto ao infrator, sem que nenhum benefício seja auferido pela vítima, devem ser observados

os seguintes princípios na sua aplicação: a) previsão na lei da conduta proibida; b) somente pode ser imposta àqueles que tenham agido de modo voluntário e culposos; e c) é vedada sua transmissão a terceiros (MELLO, 2006, p. 305).

Quanto à finalidade das sanções administrativas, há divergência na doutrina.

Para Osório (2009, p. 92), a exemplo do que ocorre no Direito Penal, a finalidade das sanções administrativas é essencialmente repressiva, pois não são “reconduzíveis prioritariamente à recuperação do indivíduo, tarefa mais própria ao campo da Religião ou da Psiquiatria”.

No entanto, conforme afirma Mello (2008a, p. 835-836), a qualificação de determinadas condutas como infrações administrativas e a previsão de sanções para quem as pratique tem como objetivo desestimular a prática dessas condutas censuradas. Ou seja, a finalidade das sanções disciplinares é a prevenção, tendo em vista que,

quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.

Esse pensamento decorre da finalidade do Direito, que é a de disciplinar a vida social, “a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto” (MELLO, 2008a, p. 836).

## **2.4 Princípios aplicáveis ao processo administrativo disciplinar**

### **2.4.1 O princípio da legalidade**

Com relação ao princípio da legalidade, Justen Filho (2010, p. 583) afirma ser decorrência da existência do Estado Democrático de Direito, representando uma

garantia aos administrados, pois legitima democraticamente a punição, vinculando-a à soberania popular. Além disso, permite a certeza e previsibilidade da ilicitude de determinada conduta.

Para García de Enterría e Fernández (1990, p. 894), tal princípio tem dupla vertente. Por um lado estabelece que não há infração nem sanção sem prévia previsão legal. Por outro, determina que a atribuição à Administração de uma atividade sancionadora tem que ser realizada por lei formal.

Essa visão é decorrência lógica do art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal, que determina expressamente que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

No entanto, como lembra Osório (2009), é distinta a legalidade aplicada ao Direito sancionador daquela aplicada ao Direito Penal. Esta contaria com previsões mais concentradas e especializadas (competência exclusiva da União para legislar sobre o assunto, vedação de edição de medidas provisórias, etc.). Já a legalidade do Direito sancionador teria origens diversas e desempenharia funções mais flexíveis, com competência para legislar distribuída entre os entes da Federação e com possibilidade de, atendidos os requisitos, ser regulada por medida provisória.

Além disso, Osório (2009, p. 220) salienta que há diferença na aplicação do princípio da legalidade (e consequentemente da tipicidade) na regulação das atividades dos administrados em geral e daqueles submetidos a determinadas relações especiais de sujeição com o Estado. Isso porque aqueles que não estão submetidos a essas relações de sujeição possuem liberdade de agir similar à dos particulares, de modo que a redução dessa liberdade estaria limitada a uma estrita legalidade. Aqueles submetidos a relações especiais de sujeição, ao contrário, possuem uma prévia limitação de ação, no sentido de que sua atuação depende de permissão legal, estando expostos a uma legalidade mais flexível e aberta.

Essas relações especiais de sujeição decorrem da necessidade de se viabilizar o adequado funcionamento das instituições estatais, de modo que se

permite que sejam limitados os direitos fundamentais dos indivíduos que as integram (PEREIRA, 2006, p. 606).

Exemplo dessa situação é o da liberdade de expressão dos servidores públicos, que, em determinadas situações, pode ser restringida para que se exija sigilo quanto a informações que obtiveram em razão do exercício de suas atividades (PEREIRA, 2006, p. 607).

Para Pereira (2007, p. 59-60), é necessário distinguir o princípio da legalidade ou juridicidade administrativa do princípio da reserva legal. O primeiro impõe a observância do sistema de Direito vigente em determinado Estado, o que inclui todas as normas do ordenamento jurídico estatal. Já o princípio da reserva legal exige que determinada matéria seja tratada por lei formal.

No tocante aos servidores públicos e sua relação especial de sujeição com o Estado, é de se reconhecer a impossibilidade de a lei descrever detalhadamente todas as condutas ou infrações, pelo que é possível que a lei as fixe de modo aberto, remetendo o seu preenchimento a outros atos normativos. Assim, em obediência aos princípios da legalidade e da reserva legal, o que se veda é que os regulamentos estabeleçam, originariamente, infrações disciplinares (PEREIRA, 2007, p. 65-66).

#### 2.4.2 O princípio da tipicidade

Quanto ao princípio da tipicidade, García de Enterría e Fernández (1990, p. 895) entendem ser consequência da aplicação do princípio da legalidade, exigindo a delimitação concreta das condutas que são reprováveis e respectivas sanções. No entanto, a intensidade da sua incidência no âmbito das sanções disciplinares está diretamente relacionada ao regime de relação de sujeição especial a que estariam submetidos os servidores públicos.

Como visto acima, a relação especial de sujeição existente entre os servidores públicos e o Estado apresenta peculiaridades que dificultam a previsão exaustiva dos deveres e proibições pela lei, de modo que o princípio da tipicidade



apresenta características próprias, permitindo que o legislador fixe condutas de modo aberto e genérico, facultando seu preenchimento por meio de outras espécies de atos normativos (PEREIRA, 2007, p. 65).

Assim, quando a lei utilizar conceitos jurídicos indeterminados, o importante é saber “se a previsão por meio de tais termos possibilitou ou não a compreensão prévia da infração disciplinar, considerando, ainda, as condições pessoais do servidor” (PEREIRA, 2007, p. 68).

Entendimento semelhante é o de Justen Filho (2010, p. 585), que, fazendo ressalvas quanto à constitucionalidade das denominadas relações especiais de sujeição, afirma que, a exemplo do que ocorre no Direito Penal, não há impedimento “que elencos igualmente exaustivos de ilícitos sejam produzidos a propósito de infrações administrativas, ainda que sob a forma de definição tipológica”. No entanto, entende ser possível que a lei remeta ao administrador a avaliação da sanção a ser aplicada, de acordo com a gravidade dos fatos e com as agravantes e atenuantes previstas.

Assim, não obstante o princípio da tipicidade seja aplicável no âmbito do regime disciplinar, é possível que ocorra por meio de colaboração regulamentar ou pela interpretação conjunta de normas legais para que se possa determinar num caso concreto o conteúdo da infração administrativa (PEREIRA, 2007, p. 68-69).

Para Osório (2009, p. 212), a tipicidade é decorrência lógica do princípio da legalidade, “compreendida esta, em suas funcionalidades totais, no conjunto dos demais princípios constitucionais dos quais advêm direitos fundamentais dos acusados em geral”. Para o citado autor, outro fundamento para a tipicidade das infrações administrativas seria o princípio da segurança jurídica.

Desta forma, os tipos devem ser claros quanto ao seu conteúdo. No entanto, isso não exclui a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados na tipificação de condutas proibidas, que são aceitos inclusive no Direito Penal (OSÓRIO, 2009, p. 215).

No caso dos servidores públicos federais, a Lei 8.112/90 utiliza essa técnica, estabelecendo de modo indireto algumas infrações disciplinares, como, por exemplo, nos arts. 116 e 117, que assim determinam:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

[...]

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

[...]

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

[...]

XV - proceder de forma desidiosa;

Assim, a definição de questões como o zelo no exercício das atribuições do cargo, desídia, assiduidade e pontualidade dependem do exame da lei que criou o cargo e demais regulamentos que disponham sobre o funcionamento da repartição. Desta forma, a tipicidade das infrações disciplinares, no caso, é efetivada pelo exame da Lei 8.112/90 em conjunto com demais atos normativos que tratem da organização administrativa (PEREIRA, 2007, p. 70).

Além disso, é importante ressaltar o art. 161 da Lei 8.112/90, que determina que, “tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”.

A indicição ocorre após a instrução do processo disciplinar, quando a comissão disciplinar, depois de tomadas as providências elencadas no art. 155 da Lei 8.112/90<sup>2</sup>, já está a par de elementos fáticos suficientes para dar densidade aos conceitos indeterminados utilizados nas definições das infrações. Tal medida é

<sup>2</sup>Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

essencial para que sejam cumpridos de forma efetiva os princípios da ampla defesa e do contraditório.

#### 2.4.3 O princípio da proporcionalidade

Nas palavras de Bonavides (2008, p. 436),

...o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

O princípio da proporcionalidade pode ser visto num conceito amplo, como a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que regem quanto os que padecem do poder, ou num conceito restrito, caracterizado no fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo (MULLER, 1978 *apud* BONAVIDES, 2008, p. 393).

Na doutrina, o princípio da proporcionalidade (ou da proibição do excesso) é dividido em três elementos ou subprincípios: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito (BONAVIDES, 2008, p. 396-398; MELLO, 2006, p. 307).

Pela adequação, examina-se se o ato é a medida adequada para atingir o objetivo escolhido, ou seja, “o meio utilizado pelo agente estatal deve ser idôneo para atingir o fim que deseja” (MELLO, 2006, p. 308).

A necessidade, por sua vez, significa que, para atingir seus objetivos, devem ser adotados os meios menos gravosos aos particulares, ou, resumidamente, “de dois males, faz-se mister escolher o menor” (PHILIPPE, 1990 *apud* BONAVIDES, 2008, p. 397).

Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* proíbe a utilização excessiva da competência outorgada ao ente estatal, ou seja, “Uma vez definida a medida adequada e necessária ao atendimento do fim desejado, deve ainda o Estado praticá-la na exata proporção exigida pela situação” (MELLO, 2006, p. 308).

Assim, por se tratar de princípio que limita toda atividade estatal, é evidente que a proporcionalidade incide no âmbito do processo administrativo disciplinar, de modo que “A punição excessiva e desvinculada da gravidade dos danos e da reprovabilidade da conduta do agente é inconstitucional” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 993).

O princípio da proporcionalidade está consolidado no art. 128 da Lei 8.112/90, que determina que:

Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Como lembra Pereira (2007, p. 84), tal dispositivo é semelhante à regra contida no art. 59 do Código Penal, que estabelece que o juiz, para fixar pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, deverá levar em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

No mesmo sentido é a Lei 9.784/99, que, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 2º que a Administração obedecerá, entre outros, ao princípio da proporcionalidade. Já no inciso VI do parágrafo único do mesmo artigo, prevê a adequação entre meios e fins, vedando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Além disso, tais regras encontram respaldo, também, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que prevê o princípio da individualização da pena.

Cabe ressaltar que parte da doutrina entende que a regra contida no art. 128 da Lei 8.112/90 somente é aplicável na gradação da pena de suspensão. Essa é a opinião de Furtado (2007, p. 680), para quem

...as circunstâncias a serem consideradas na aplicação das sanções, conforme indicadas pelo art. 128 (gravidade da infração, antecedentes, agravantes etc.), devem ser utilizadas para indicar se determinada infração justifica a aplicação da pena de suspensão de um, de trinta ou de 90 dias. Não é possível utilizar o disposto no art. 128 com o objetivo de fazer com que determinada conduta prevista em lei como punível com demissão seja punida com suspensão.

No entanto, com base na fundamentação já exposta e levando em consideração os princípios constitucionais vigentes, discorda-se desse posicionamento, de modo que a regra contida no art. 128 da Lei 8.112/90 deve ser respeitada na aplicação de qualquer sanção a servidor público, concretizando o princípio da proporcionalidade.

Essa conclusão ganha reforço com o exemplo dado por Pereira (2007, p. 86), no sentido de que

...a previsão de advertência no caso de o servidor deixar de exercer com zelo as atribuições do cargo (art. 116, I, c/c art. 129, ambos da Lei n.º 8.112/90), enquanto que a conduta desidiosa já atrai a pena de demissão (art. 117, XV, c/c art. 132, XIII, ambos da Lei n.º 8.112/90). Evidente que o fiel da balança entre uma infração e outra serão o grau de culpabilidade, o dano provocado pela conduta, as atribuições funcionais exercidas pelo servidor, entre outras peculiaridades que o caso apresentar (art. 128 da Lei n.º 8.112/90).

O princípio da proporcionalidade também está presente no art. 129 da Lei 8.112/90<sup>3</sup>, que, ao elencar as infrações puníveis com advertência, ressalva a possibilidade de aplicação de sanção mais grave quando as circunstâncias fáticas do caso concreto assim justificarem.

Por isso, para que seja dada efetividade ao princípio da proporcionalidade, fundamental que nos autos do processo disciplinar constem

<sup>3</sup>Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, I a VIII e XIX, e de observância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

elementos objetivos acerca das circunstâncias fáticas da infração apurada, dos danos causados, do grau de culpabilidade do servidor, e que a decisão fundamente de forma precisa a sanção aplicada.

Importante observar que, não obstante a jurisprudência mais antiga do Superior Tribunal de Justiça fosse no sentido de que era vedado o exame do mérito da decisão proferida em processo administrativo disciplinar, entendia que era possível a análise da proporcionalidade da sanção aplicada, conforme ementa a seguir transcrita:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CAPITULAÇÃO DA INFRINGÊNCIA. DIFERENÇA ENTRE O RELATÓRIO DA COMISSÃO E O ATO INDIGITADO. AGRAVAMENTO DA PENA: DEMISSÃO. SUGESTÃO DA PENA DE SUSPENSÃO. DESPROPORCIONALIDADE.

Ao Poder Judiciário não cabe discutir o mérito do julgamento administrativo em processo disciplinar, mas, por outro lado, compete-lhe a análise acerca da proporcionalidade da penalidade imposta, nos termos de farto entendimento jurisprudencial.

Mesmo sendo clara em relação à ausência de comprovação de lesão ao erário e de *dolō* por parte do recorrente, a autoridade coatora entendeu pela presença da *desídia*, e assim alterou a capitulação da infringência, aplicando, com evidente falta de proporção, a pena demissória.

Recurso provido, com a concessão parcial da ordem para determinar a anulação da demissão e a conseqüente reintegração do recorrente, resguardando à autoridade coatora a aplicação da penalidade sugerida pela Comissão. (RMS 19.774/SC, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJ 12/12/05)

#### 2.4.4 O princípio da culpabilidade

Conforme afirma Justen Filho (2010, p. 991), a punição administrativa exige um elemento subjetivo, não se admitindo em um Estado Democrático de Direito, em que vigora o princípio da dignidade da pessoa humana, o sancionamento de sujeitos a partir da pura e simples ocorrência de eventos objetivos no mundo real.

Osório (2009) lembra que o Estado Democrático de Direito brasileiro, entre outros princípios e garantias fundamentais, está fundamentado na dignidade

da pessoa humana, assegurando os princípios da pessoalidade e da individualização da pena, além do devido processo legal e substancial, o que leva a não se discutir a incidência do princípio da culpabilidade na esfera penal. No entanto, afirma que tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas constitucional, pois “Os dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo” (OSÓRIO, 2009, p. 347), pelo que plenamente aplicável no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Para Pereira (2007, p. 75-76), o princípio da culpabilidade é um princípio essencial, limitador da atividade sancionadora do Estado e garantidora contra o arbítrio estatal, de modo que a imposição de sanções disciplinares requer a demonstração da responsabilidade subjetiva do servidor público. Cita como um dos fundamentos para aplicação desse princípio na esfera administrativa o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que, ao tratar da responsabilidade civil do Estado, determina que a procedência da ação de regresso por prejuízos causados ao erário exige a demonstração de dolo ou culpa do agente público. Esse fundamento também serviu de base ao voto proferido no caso em estudo, tendo o Min. Felix Fischer consignado que

Apenas para demonstrar, ainda mais, os requisitos ou critérios que devem ser observados pelo administrador público ao editar atos disciplinares, sob pena de controle jurisdicional, cabe lembrar que o art. 37, §6º, da Constituição Republicana de 1988, quando menciona ação de regresso contra servidor público, com vistas a ressarcir os cofres públicos, exige a demonstração de dolo ou culpa. Como não exigir o mesmo, quando em pauta a imposição de sanção disciplinar? Como afirma Fábio Medina Osório:

"Então, se é consagrada a responsabilidade subjetiva para essas pessoas, na hipótese de mero ressarcimento, que não se confunde com a sanção, maiores e melhores razões existem para fundamentar a culpabilidade como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado [...]" (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed., rev., atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2005. 560 p.)

Além disso, a aplicação do princípio da culpabilidade permite o exame do erro capaz de excluir a responsabilidade do agente público (Pereira, 2007, p. 80). Assim, devem ser consideradas as alegações de legítima defesa, estrito

cumprimento do dever legal, coação e ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal.

No mesmo sentido é a visão de García de Enterría e Fernández (1990, p. 898), para quem a culpabilidade é elemento básico da infração disciplinar.

Para Mello (2006, p. 311), a culpabilidade é consequência da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito administrativo sancionador. A exigência de demonstração de culpa do servidor é decorrência do subprincípio da adequação, na medida em que não seria adequada, e consequentemente desproporcional, a aplicação de sanção a servidor que não agiu de modo doloso ou culposos. Desta forma,

...a imposição de sanção administrativa a indivíduo que não agiu com dolo ou culpa nem mesmo serve ao propósito de prevenção geral. O objeto da prevenção é a conduta típica praticada com voluntariedade e consciência (dolo) ou a negligência, imprudência ou imperícia que conduzem a resultado ilícito, ainda que não desejado pelo infrator (culpa *stricto sensu*). Não há razão para prevenir a ocorrência de conduta que não foi dolosa e nem mesmo culposa. (MELLO, 2006, p. 315)

No entanto, Justen Filho (2010, p. 992) ressalva que a incidência do princípio da culpabilidade não se dá com a mesma intensidade em todos os casos, pois existem “espécies de atividades que são potencialmente danosas à coletividade ou que envolvem requisitos de especialização extremamente sofisticados”. Em tais situações, o sujeito fica submetido a deveres especiais e incomuns, de modo que lhe é exigível um dever de diligência mais intenso, objetivando-se a culpabilidade “no sentido de que a concretização de evento incompatível com o dever de diligência induz a ocorrência de uma vontade defeituosa”.



## 2.5 Processo administrativo disciplinar e discricionariedade

Analizados os princípios constitucionais básicos que disciplinam o regime disciplinar e o disposto na Lei 8.112/90, pode-se concluir que não há espaço para discricionariedade no ato que impõe sanção disciplinar a servidor público.

Com efeito, em se tratando de processo administrativo disciplinar, a Administração não detém liberdade de ação. Sua instauração é obrigatória sempre que a autoridade tenha ciência de irregularidades no serviço público e não seja o caso de aplicação da regra prevista no art. 144, parágrafo único, da Lei 8.112/90. Na condução do processo, deve ser obedecido o devido processo legal, assegurando ao acusado o contraditório e a ampla defesa. Por fim, concluído o processo e identificada a prática de infração, a autoridade deve aplicar a correspondente sanção, pois “há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato” (MELLO, 2008a, p. 850).

Ao proferir a decisão final, a Administração deve levar em consideração a tipicidade da conduta, a culpabilidade do infrator e, principalmente, a proporcionalidade da sanção a ser aplicada. Como visto, parte da doutrina compreende essa atividade como sendo de competência discricionária, cujo exame do mérito é vedado ao Poder Judiciário.

No entanto, a decisão proferida pela Administração ao final do processo administrativo disciplinar nada mais é do que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. E, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, apenas na norma em abstrato é possível cogitar em liberdade plena para a Administração agir.

Como analisado no capítulo anterior, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a um caso concreto sempre é possível vislumbrar uma zona de certeza positiva, em que todos concordam com sua aplicação; e uma zona de certeza negativa, quando é certa a sua não aplicação. Pode ocorrer que, em determinadas situações, em virtude das peculiaridades do caso, entre essas zonas

de certeza, possa haver um espaço de dúvida sobre a aplicação de um dado conceito, em que mais de uma solução seria razoavelmente aplicável ao caso.

No entanto, em tais casos, em face do princípio da unicidade de jurisdição, é permitido ao juiz o exame de todas as circunstâncias fáticas consideradas pelo administrador para proferir sua decisão, analisando até que ponto o seu campo de liberdade foi reduzido, sendo certo que, nos casos em se possa acordar que, diante do caso concreto, apenas uma conduta era razoável, só ela poderia ser adotada.

Esse entendimento já foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RMS 24.699/DF, relatado pelo Min. Eros Grau, cuja ementa foi assim publicada:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido. (RMS 24.699/DF, Rel. Min. EROS GRAU, Primeira Turma, DJ 30/11/04)

Por esclarecedor quanto aos objetivos do presente trabalho, toma-se a liberdade de transcrever os seguintes trechos do voto condutor do citado precedente:

É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público.

(...)

O Poder Judiciário verifica, então, se o ato é correto. Não, note-se bem – e desejo deixar isso bem vincado –, qual o ato correto.

E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem “conceitos indeterminados” (vale dizer, noções), inexistente uma interpretação verdadeira (única correta); a única interpretação correta – que haveria, então, de ser exata – é objetivamente incognoscível (é, *in concreto*, incognoscível). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é correto; apenas isso.

Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos e qual declarados na motivação.

Importante ressaltar a posição de Pires (2008, p. 177-180), para quem a amplitude da competência discricionária deve variar de acordo com o grau de intervenção administrativa na esfera jurídica de direitos do administrado. Assim, por ser a atividade sancionadora o ápice da intervenção estatal perante a liberdade do administrado e em respeito à regra contida no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, não haveria a possibilidade de discricionariedade no âmbito do regime disciplinar. Desta forma, os conceitos jurídicos utilizados nas normas de regência ensejariam apenas interpretação jurídica.

Destarte, a despeito de não se adotar no presente trabalho a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados permitem, sempre, apenas uma decisão

correta a um determinado caso concreto, em observância à divisão de funções exposta por Krell (2004) e dos fundamentos expostos acima, entende-se que é permitido ao Poder Judiciário o amplo controle do ato que impõe sanção disciplinar a servidor público.

Conforme exposto no presente capítulo, o processo administrativo disciplinar é submetido a princípios e regras afetas ao Poder Judiciário, de modo que a decisão judicial nesses casos tem qualidade material ao menos equivalente à da decisão administrativa que se pretende corrigir.

Ressalta-se, novamente, que, no caso examinado, o Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma conclusão aqui defendida, utilizando, no entanto, fundamento diverso do aqui defendido, como visto no capítulo anterior.

Importante destacar que, após o julgamento do MS 12.983/DF, passou a prevalecer na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não há discricionariedade no ato que impõe sanção a servidor público, conforme as ementas a seguir transcritas:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE SUSPENSÃO. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO. ATO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. SANÇÃO DISCIPLINAR QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM AS PROVAS COLIGIDAS. INEXISTÊNCIA DE ILÍCITO FUNCIONAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Havendo nos autos elementos probatórios suficientes para apreciar a suscitada violação a direito líquido e certo, rejeita-se a preliminar de inadequação do mandado de segurança.

2. Não há discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que o controle jurisdicional de tal ato é amplo. Precedentes do STJ.

(...)

6. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado. (MS 14.212/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção, DJe 7/5/10)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR INASSIDUIDADE HABITUAL. DISCRICIONARIEDADE INEXISTENTE. CONTROLE JURISDICIONAL AMPLO. DISPOSITIVOS TIDOS COMO VIOLADOS NÃO DEMONSTRADOS NO ESPECIAL. SÚMULA

284/STF. FUNDAMENTAÇÃO AUTÔNOMA EXPOSTA NO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADA. SÚMULA 283/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

3. A discricionariedade não se faz presente em ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, sendo o controle jurisdicional de tal ato amplo. Precedentes desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 808.677/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 13/9/10)

No entanto, não se pode afirmar que tal entendimento seja unânime, ainda existindo precedentes em sentido contrário, conforme julgado assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. FRAUDE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. ATO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA. ALEGAÇÕES DE NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE AFASTADA. PROCEDIMENTO REGULAR.

(...)

3. A regularidade do processo administrativo disciplinar deve ser apreciada pelo Poder Judiciário sob o enfoque dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, sendo-lhe vedado incursionar no chamado mérito administrativo.

(...)

5. Pelo confronto das provas trazidas aos autos, não se constata a inobservância dos aspectos relacionados à regularidade formal do processo disciplinar, que atendeu aos ditames legais.

6. Segurança denegada. (MS 14.134/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe 4/9/09)

Cumprе ressaltar que, de acordo com a Emenda Regimental 11/10, em abril de 2010 a competência para julgamento dos feitos relacionados a servidores públicos civis e militares passou da Terceira para a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o que pode explicar a existência da apontada divergência.

Já no Supremo Tribunal Federal, a despeito do precedente anteriormente mencionado, pode-se afirmar que ainda prevalece o entendimento no sentido que o

controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar deve ser limitado a aspectos formais. Nesse sentido, transcreve-se a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ART. 27, § 1º DA LOMAN. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ILICITUDE DA PROVA E IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

4. Remansosa é a jurisprudência desta Corte no sentido de que, "se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do *due process of law*" (RMS 24.347, rel. min. Maurício Correa, DJ 04.04.2003, RMS 24.533 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.04.2005), o RMS 24.901 (rel. min. Carlos Britto, DJ 11.02.2005), o RMS 24.256-AgR (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 13.09.2002), o RMS 23.988 (rel. min. Ellen Gracie, DJ 1º.02.2002) e o MS 21.294 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.2001)).

(...)

6. Segurança denegada. (MS 24.803/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno, DJe 29/10/08)

## CONCLUSÃO

No julgamento do MS 12.983/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, rompendo com a jurisprudência então dominante, decidiu que “inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar”, de modo que “o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais”.

O presente estudo, partindo dos fundamentos que embasaram o citado precedente, buscou examinar a existência de discricionariedade no ato que impõe sanção disciplinar a servidor público e quais os limites do controle jurisdicional de processo administrativo disciplinar.

Para que os objetivos fossem alcançados, no primeiro capítulo foi realizada uma revisão do conceito de discricionariedade e uma análise da sua relação com os denominados conceitos jurídicos indeterminados.

Em um primeiro momento, foi possível constatar que, diante do princípio da juridicidade, a distinção entre os atos vinculados e discricionários foi abrandada, de modo que não há ato administrativo plenamente insindicação, sendo permitido ao Poder Judiciário examinar a conformação de todos os atos administrativos com os princípios fundamentais.

Após, procurou-se estabelecer a distinção entre discricionariedade (escolha entre indiferentes jurídicos) e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados (atividade de interpretação jurídica, em que a liberdade de escolha só existe na norma em abstrato).

Com base nessa distinção, foi possível constatar que, na aplicação de um conceito jurídico indeterminado a um caso concreto, pode ocorrer que, em determinadas situações, em virtude das peculiaridades do caso, entre zonas de certeza, exista um espaço de dúvida sobre a aplicação de um dado conceito, em que mais de uma solução seria razoavelmente aplicável ao caso. No entanto, em

tais situações, é permitido ao juiz verificar todas as circunstâncias fáticas do ato para examinar até que ponto o campo de liberdade do administrador foi reduzido.

Apesar da divergência doutrinária sobre o tema, foi adotado o entendimento de que, nesses casos, no exame dos atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados, em observância a uma divisão de funções entre os Poderes, o controle jurisdicional na busca da melhor solução deve ser gradual, variando de intensidade de acordo com a respectiva área temática.

Com base nessas premissas, no segundo capítulo, procurou-se demonstrar que, diante dos princípios e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, o regime jurídico estatutário a que estão submetidos os servidores públicos e a relação entre discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, o administrador não tem liberdade na condução do processo disciplinar ou na escolha da sanção a ser aplicada.

Em se tratando de processo administrativo disciplinar, a Administração não detém liberdade de ação. Sua instauração é obrigatória sempre que a autoridade tenha ciência de irregularidades no serviço público e não seja constatada uma das hipóteses previstas no art. 144, parágrafo único, da Lei 8.112/90, incorrendo no crime de condescendência criminosa o servidor ou autoridade que deixe de responsabilizar o subordinado que cometeu infração disciplinar, conforme previsto nos arts. 143 da Lei 8.112/90 e 320 do Código Penal.

Na condução do processo, deve ser obedecido o devido processo legal, assegurando ao acusado o contraditório e a ampla defesa, nos termos dos arts. 5º, LV, e 41, § 1º, I e II, da Constituição Federal e 143 da Lei 8.112/90.

Por fim, concluído o processo e identificada a prática de infração, a autoridade deve aplicar a correspondente sanção. Ocorre que, ao proferir a decisão final, a Administração deve levar em consideração a tipicidade da conduta, a culpabilidade do infrator e, principalmente, a proporcionalidade da sanção a ser aplicada, conforme determinam os arts. 5º, II, XXXIX e XLVI, e 37, *caput*, da Constituição Federal, 128 e 129 da Lei 8.112/90 e 2º da Lei 9.784/99.



No entanto, a aplicação de tais fatores ao caso concreto não induz à discricionariedade, pois decorre da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pelo que, como visto, é permitido ao juiz verificar todas as circunstâncias fáticas do ato para examinar até que ponto o campo de liberdade do administrador foi reduzido, em consonância com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Além disso, conforme demonstrado ao longo do segundo capítulo, em especial no item 2.2, o processo administrativo disciplinar é submetido a princípios e regras semelhantes aos aplicáveis ao Direito Penal. Assim, por se tratar de questões afetas ao Poder Judiciário, a decisão judicial nesses casos tem qualidade material ao menos equivalente à da decisão administrativa que se pretende corrigir, não havendo falar em ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

Assim, pode-se concluir que deve prevalecer o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do MS 12.983/DF, no sentido de que não há discricionariedade no ato que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que, nesses casos, o controle jurisdicional é amplo, não se limitando a aspectos formais do ato. Com isso, dá-se efetividade aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da culpabilidade, da proporcionalidade e da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 05 de outubro de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 set. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial**, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 25 set. 2010.

BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial**, 12 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 25 set. 2010.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial**, 01 fev. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm)>. Acesso em: 26 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 19.774/SC. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2005. **STJ**, Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=19774&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 22 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 10.233/RJ. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 12 de fevereiro de 2007. **STJ**, Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=10233&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 22 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 20.631/PR. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 28 de maio de 2007. **STJ**, Brasília, 2010. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=20631&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 20 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 15.648/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Brasília, DF, 3 de setembro de 2007. **STJ**, Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=15648&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 20 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 12.983/DF. Relator: Ministro Felix Fischer, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2008. **STJ**, Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=12983&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 24.699-9/DF. Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, DF, 1º de julho de 2005. **STF**, Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2824699.NUME.%20OU%2024699.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 20 set. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Processo administrativo federal (Comentários à Lei n.º 9.784, de 29/1/1999)**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

COSTA, José Armando da. **Direito disciplinar: temas substanciais e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7, ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**; tradução de Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marin López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

KRELL, Andreas Joachim. **A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil**. Belo Horizonte, n. 23, ano 5, janeiro 2004. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.asp?idConteudo=50570>. Acesso em: 26 fev. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008b.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 34, p. 299-331, dez. 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 317-326, jul./set. 2004.

WIMMER, Mirian. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial: limites e possibilidades. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 141-158, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55498>>. Acesso em: 3 fev. 2010.

**ANEXO - Íntegra do acórdão relativo ao MS 12.983/DF****MANDADO DE SEGURANÇA Nº 12.983 - DF (2007/0169559-9)****Relator: MINISTRO FELIX FISCHER**

IMPETRANTE: AILTON FELIX DA NÓBREGA

ADVOGADO: IRAPUAN SOBRAL FILHO E OUTRO(S)

IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

**EMENTA**

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

IV - Inviável a apreciação do pedido do impetrante, já que não consta, neste **writ**, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de cassação de aposentadoria aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.

Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Carlos Fernando

Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG) e Nilson Naves.

Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

A Dra. Juliana Brasil Ponte Guimarães Coury sustentou oralmente pelo impetrante.

A Dra. Ana Valéria de Andrade Rabelo sustentou oralmente pela União.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2007 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 12.983 - DF (2007/0169559-9)**

### **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator):** AILTON FELIX DA NOBREGA impetra mandado de segurança contra ato do e. MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL que cassou sua aposentadoria no cargo de médico-perito do INSS, sob o fundamento de ter recebido propina em razão de suas atribuições (art. 117, XII, da Lei n. 8.112/90) e cometido ato de improbidade administrativa (fl. 22).

Inicialmente, o impetrante sustenta que teria havido prejuízo para sua defesa em razão de não ter sido indicado como acusado, quando do processo administrativo disciplinar, e que não teria havido a indicação de fatos típicos que "*merecessem respostas concretas*" (fl. 04). Para tanto, alega ter sido notificado apenas como possível envolvido em irregularidades, sem que houvesse a individualização dos atos pelos quais deveria responder (fl. 7).

Afirma, ainda, que em *"nenhum ponto do processo há a vinculação do Impetrante com os supostos criminosos"*, uma vez que há apenas menção a seu nome, *"mas nunca como participante"*, conforme se depreende das degravações realizadas com autorização judicial (fl. 9).

Outrossim, aduz que inexistente, no interrogatório, confissão acerca das acusações, mas, apenas, relato das condições precárias de trabalho na unidade do INSS onde desenvolvia suas funções. Do mesmo modo, o impetrante afirma que inexistente, nos depoimentos prestados pelas testemunhas Aparecida de Fátima Bezerra Barros e Benedito Ferreira da Silva, referência ao seu nome que pudesse, ao menos, atestar sua participação em condutas ilícitas (fl. 10).

Segundo o impetrante:

*"na condição de Médico Perito na área de Psiquiatria, tem uma convicção científica sobre determinadas doenças (aí envolvendo a sintomatologia) o que pode ter levado os envolvidos a direcionarem certos processos para ele - Impetrante - e a instruírem os beneficiários sobre as formas de abordagem."* (fl. 10)

E, ainda:

*"Sabe-se que no campo da Psiquiatria a conclusão de qualquer patologia, apesar das bases científicas, tem forte conotação subjetiva e depende das indicações dos pacientes e de seus modos de vida."* (fl. 11)

Dessa forma, o impetrante declara que o relatório elaborado pela Comissão Disciplinar e acolhido pela autoridade apontada como coatora não comprova sua participação nos eventos delituosos (fl. 11).

Por fim, após indicar que o seu histórico funcional revelaria a desproporção da medida adotada, pugna pela nulidade da sanção.

A e. autoridade apontada como coatora manifesta-se (fls. 357/368) aduzindo, em síntese, o seguinte:

a) não cabimento de mandado de segurança contra ato disciplinar *"para atacar o mérito de ato administrativo discricionário, pois a mobilidade deste é de manuseio exclusivo do administrador"* (fl. 359);



b) inadequação da via eleita, tendo em vista a ausência de prova pré-constituída;

c) ausência de violação ao devido processo legal, uma vez que o impetrante teria sido devidamente notificado, bem como apresentado defesa subscrita por advogado (fl. 361);

d) inexistência de ilegalidade no fato de o impetrante ter sido notificado como possível envolvido em irregularidades, uma vez que somente após o indiciamento é que há detalhamento das condutas e intimação do servidor como indiciado;

e) descabimento da alegação de que inexistiria a demonstração da participação do impetrante em fraudes, na medida em que há, no processo disciplinar, processos concessórios de benefícios previdenciários, laudos médicos periciais da Junta Médica Oficial, testemunhos, interrogatório e confissão, os quais revelam a autoria e materialidade da falta funcional praticada pelo impetrante.

O d. Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 372/376).

Consta, ainda, informação de que o impetrante responde ação penal pelos mesmos fatos apurados no processo disciplinar, tendo sido negada pelo e. TRF da 5ª Região ordem de trancamento da cogitada ação penal (fls. 424 e ss).

É o relatório.

#### **MANDADO DE SEGURANÇA Nº 12.983 - DF (2007/0169559-9)**

#### **EMENTA**

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

IV - Inviável a apreciação do pedido do impetrante, já que não consta, neste writ, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de cassação de aposentadoria aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.

Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator):** Há questões afetas ao controle jurisdicional de ato disciplinar e ao cabimento do mandado de segurança que necessitam ser dirimidas antes da análise do mérito propriamente dito.

A e. autoridade apontada como coatora sustenta, inicialmente, que o ato disciplinar conteria aspectos **discricionários, os quais limitariam o controle jurisdicional. Fala-se em mérito do ato administrativo** (fl. 359).

O d. Ministério Público Federal também faz referência a essa questão, apontando, inclusive, precedente desta e. Corte:

"ADMINISTRATIVO. REGISTROS PÚBLICOS. NOTÁRIO. PERDA DA DELEGAÇÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE FORMAL NO ACÓRDÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL.

[...]

**5. Averiguar a adequação, à luz do princípio da proporcionalidade, da penalidade imposta no processo disciplinar, importaria, nas circunstâncias do caso, fazer exame do próprio mérito administrativo, inviável em mandado de segurança.**

6. Recurso ordinário a que se nega provimento." (STJ. RMS n. 21.425MS, 1ª Turma, DJ 2.8.2007) (grifo nosso)

Nesse julgado, encontro referências a precedentes desta e. 3ª Seção:

"ADMINISTRATIVO. NOTÁRIO. PERDA DA DELEGAÇÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. RECURSO ADMINISTRATIVO. PARTICIPAÇÃO DOS PROLADORES DA DECISÃO RECORRIDA NO JULGAMENTO. IMPEDIMENTO. INEXISTÊNCIA. LEI 8.935/94. COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA APLICAR PENALIDADES. ALTERAÇÃO DA PENALIDADE IMPOSTA ADMINISTRATIVAMENTE. REEXAME DAS PROVAS COLHIDAS DURANTE O PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(...)

4. Consoante firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do controle jurisdicional do **processo administrativo disciplinar**, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, **sendo-lhe vedado a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo**, em especial a revisão do conjunto probatório apurado no procedimento administrativo.

5. Segundo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo vedado ao Poder Judiciário a análise do mérito administrativo, a análise acerca de ofensa ao princípio da proporcionalidade na aplicação de sanção disciplinar a servidor deve levar em conta, também, eventual quebra do regramento legal aplicável ao caso, já que a mensuração da sanção administrativa faz parte do mérito administrativo.

[...]

8. Recurso ordinário conhecido e improvido" (STJ. RMS 18099/PR, 5ª Turma, DJ de 12.06.2006) (grifo nosso)

"RECURSOS ORDINÁRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA DO SECRETÁRIO DE ESTADO E SEGURANÇA PÚBLICA PARA APURAR INFRAÇÃO E APLICAR PENA DE SUSPENSÃO A POLICIAIS CIVIS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO. PODER JUDICIÁRIO. VEDADA SUA INTERFERÊNCIA NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

(...)

**2. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do processo administrativo disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo vedada qualquer interferência no mérito administrativo.**

3. *Recursos ordinários não-conhecidos*" (STJ. RMS 10233/RJ, 6ª Turma, DJ de 12.02.2007)

No mesmo sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ATO DE DEMISSÃO IMINENTE E ATUAL. JUSTO RECEIO EVIDENCIADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

[...]

**6. Não é cabível, em sede de mandamus, apreciar se é justa ou não a pena sugerida na conclusão do Processo Disciplinar, porquanto cuida-se de matéria de mérito administrativo, ainda pendente de apreciação pela Autoridade Coatora.**

7. Segurança denegada, com a conseqüente revogação da liminar anteriormente concedida." (STJ. MS n. 8030. 3ª Seção. Julgamento: 13.06.2007) (grifo nosso)

É natural que, uma vez admitida a existência de **aspecto discricionário**, leia-se, **mérito administrativo**, no ato disciplinar, o controle jurisdicional da matéria reste limitado. Como sabido, a discricionariedade administrativa diz respeito a **juízo de conveniência e oportunidade do administrador público** e, por essa razão, não cabe, quanto a esse aspecto, a incursão do Poder Judiciário. Ou, ainda, a discricionariedade diz respeito à escolha entre alternativas igualmente válidas. Trata-se, portanto, de **"indiferentes jurídicos"**, uma vez que o administrador decidirá com critérios extrajurídicos, **"não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração Pública"** (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1990, p. 394).

Resta saber se é possível admitir, no ato que impõe **sanção a servidor público**, espaço para discricionariedade administrativa. Ou melhor, e para nos aproximarmos do caso concreto: **o ato de demissão de cargo público viabiliza juízo de conveniência e oportunidade capaz de limitar o respectivo controle jurisdicional? Ao reexaminar essa questão, penso que deve ser afastada a tese de que existiria discricionariedade administrativa no ato que resulta em sanção a servidor público.** Valho-me, para tanto, do regime jurídico disciplinar, cujos contornos encontram-se na própria Constituição Republicana de 1988: **princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, culpabilidade,**

proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Em recente obra lançada sobre o tema, afirma-se, exatamente em razão do cogitado regime jurídico disciplinar,

*"que o amplo controle jurisdicional das sanções disciplinares não é só possível, dada à inexistência de discricionariedade administrativa, como constitucionalmente imposto, em razão dos princípios do devido processo legal e da unicidade de jurisdição. Garante-se, enfim, a efetiva tutela de direitos constitucionais do servidor público e não o mero reconhecimento do processo administrativo disciplinar, cuja decisão final ficaria imune ao reexame do órgão constitucional competente para afirmar, com definitividade, a violação ou não a Direito."* (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 169) (grifo nosso)

Na obra, há referência a antigo precedente do c. **Supremo Tribunal Federal** que atestou a inexistência de discricionariedade em ato disciplinar. Eis alguns trechos dos votos proferidos:

a) *"Não são, portanto, somente os aspectos formais do ato que autorizam o exame judicial. Essa limitação só existe em se tratando de ato discricionário, que não poderá ser o de punição disciplinar do funcionário ou a sua destituição nos casos em que esta só se autoriza mediante inquérito administrativo."* (Voto proferido pelo Ministro **CASTRO NUNES**, nos autos dos Embargos à Apelação Cível n. 73072, 1944 - **STF - Pleno**. Apud. **PEREIRA**, Flávio Henrique Unes. ob. cit. p. 118) (grifo nosso)

b) *"Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual de legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça. A essa tese jamais darei o meu invalioso apoio. Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração baseada em lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por um inquérito formalmente perfeito, ou, ao cabo de contas, o Poder Judiciário? A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, porque a este compete, especificamente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre o cidadão e o Estado.* (Voto proferido pelo e. Ministro **OROZIMBO**

**NONATO**, nos autos dos Embargos à Apelação Cível n. 73072 , 1944 - **STF - Pleno. Apud. PEREIRA**, Flávio Henrique Unes. ob. cit. p. 119) (grifo nosso)

Todavia, a ementa desse precedente já foi utilizada em alguns julgados, inclusive do próprio c. Supremo Tribunal Federal, como se, nos respectivos votos, houvesse sido reconhecido aspecto discricionário no ato disciplinar. Como verifiquei na leitura dos votos que conduziram o julgado, **a tese da discricionariedade foi afastada**. Aliás, o também ministro **VITOR NUNES LEAL** publicou artigo na Revista de Direito Administrativo (RDA, v.3), em 1946, no qual ressalta a mudança de posição do c. Supremo Tribunal Federal, no sentido de **ter-se admitido o reexame do ato disciplinar pelo Poder Judiciário** (PEREIRA. ob. cit. p. 122).

Antes mesmo dos votos proferidos pelos e. ministros **OROZIMBO NONATO** e **CASTRO NUNES, FRANCISCO CAMPOS**, ao analisar a Constituição de 1934, já apresentava argumentos que afastam a discricionariedade no ato que demite servidor público:

*"Aliás, conferindo garantias a todos os funcionários contra o arbítrio, o nuto ou a **discrição** do govêrno, a Constituição brasileira não fez mais do que se conformar aos princípios fundamentais do regime que ela entendeu de estabelecer no país: o do **Estado Democrático de Direito**.*

(...)

*A demissibilidade ad nutum dos funcionários públicos repousa sôbre o falso pressuposto de que a vontade dos homens de govêrno tenha um valor em si mesmo, independentemente dos motivos ou dos fins que a inspiram ou determinam.*

**No Estado democrático de direito, porém, a vontade dos governantes não é livre de se determinar por motivos quaisquer ou por fins estranhos ao interêsse público; à vontade dos governantes se impõe a vontade dos governados, submetendo-a à obediência, precisamente pela razão de que aquela vontade não é uma vontade qualquer, mas informada em motivos de ordem pública e orientada para os fins em vista dos quais lhe foram confiados os poderes de govêrno. A vontade dos governantes não é, portanto, uma vontade livre ou discricionária, mas vinculada às causas ou aos fins em virtude dos quais a lei lhe atribue a força especial que a**

***distingue das outras vontades individuais.***" (CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 1943, p. 85-87) (grifo nosso).

**SEABRA FAGUNDES**, do mesmo modo, tratou do tema:

*"O processo administrativo se destina a fazer apurar o motivo do ato, e somente isso. É apenas um processo especial por que se indaga, em caso determinado (funcionário com estabilidade), se ocorre, ou não, causa legalmente capaz de autorizar a dispensa do serviço público. Se constatado motivo legal o funcionário é demitido; se não constatado, permanece nos quadros da Administração. Não se tem em mira apurar um motivo qualquer, que se possa haver, a juízo do administrador, como razoável ou desarrazoado para autorizar a demissão. O que se indaga, coligindo provas, é se ocorreu um motivo predeterminado na lei como capaz de autorizar a demissão."* (FAGUNDES, Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 139, n. 49, p. 15, 1952). (grifo nosso).

Apenas para demonstrar, ainda mais, os requisitos ou critérios que devem ser observados pelo administrador público ao editar atos disciplinares, **sob pena de controle jurisdicional**, cabe lembrar que o art. 37, §6º, da Constituição Republicana de 1988, quando menciona ação de regresso contra servidor público, **com vistas a ressarcir os cofres públicos**, exige a demonstração de dolo ou culpa. **Como não exigir o mesmo, quando em pauta a imposição de sanção disciplinar?** Como afirma **Fábio Medina Osório**:

***"Então, se é consagrada a responsabilidade subjetiva para essas pessoas, na hipótese de mero ressarcimento, que não se confunde com a sanção, maiores e melhores razões existem para fundamentar a culpabilidade como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado [...]"*** (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed., rev., atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2005. 560 p.)

**De fato**, se o constituinte exige a demonstração de dolo ou culpa do servidor público para poder cobrar os prejuízos por ele causados, **por maior razão** deve ser exigida a demonstração de tais elementos quando em voga a imposição de sanção disciplinar, da qual pode resultar a pena máxima de perda do cargo público (PEREIRA. ob. cit. p. 166).



Dessa forma, são critérios como esse que condicionam o ato disciplinar e não mero juízo de conveniência (dito mérito administrativo) que pudesse limitar o controle jurisdicional acerca da matéria. **Na verdade, trata-se, simplesmente, de dar efetividade a comandos constitucionais e legais. Sobre estes, é emblemático o disposto no art. 128 da Lei n. 8112/90:**

***"Art. 128 – Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias ou atenuantes e os antecedentes funcionais."***

A propósito do dispositivo, colho da doutrina:

***"Tanto o art. 59 do Código Penal, quanto o cogitado art. 128 da Lei nº 8.112/90 nada mais fazem do que conferir efetividade ao princípio constitucional da individualização da pena, cuja legitimidade também se apóia na própria dignidade da pessoa humana. A culpabilidade e as peculiaridades do caso concreto são, por conseguinte, indispensáveis para a fixação da **sanção disciplinar adequada**."*** (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 85) (grifo nosso)

A propósito da **decisão adequada** que impõe a sanção disciplinar, afirma o autor da referida obra:

***"Conclui-se que a decisão correta ou adequada emerge da consideração de todas as peculiaridades do caso, as quais são apontadas pelas partes, por meio de um processo desenvolvido em contraditório que se vincula ao paradigma de Direito vigente. A legitimidade da decisão correta não reside, por conseguinte, no "juízo" do julgador [administrativo], simplesmente."*** (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 37) (grifo nosso)

Destaco, outrossim, que esta e. **3ª Seção** (v.g., MS n. 10827/DF, Rel. Min. **HÉLIO QUAGLIA**, julgamento: 6.2.2006; e, MS n. 10828, Rel. Min. **PAULO GALLOTTI**, julgamento: 28.06.2006 ) apresenta precedentes que, com base no **princípio da proporcionalidade**, anularam sanções impostas a servidores públicos. Patente, portanto, que, ao assim decidir, **acabou-se por reconhecer que ao Judiciário cabe controlar o ato disciplinar não apenas em aspectos referentes**



**ao devido processo legal formal**, como, também, no que diz respeito ao "**mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça**" (OROZIMBO NONATO, 1944).

Não desconheço que exista limitação infraconstitucional sobre o controle jurisdicional em sede de mandado de segurança acerca de ato disciplinar (**trata-se do vetusto art. 5º, inciso III, da Lei n. 1.533/51**). Todavia, esse dispositivo vem sendo, ainda que timidamente, mitigado pela jurisprudência. É ilustrativa a seguinte passagem:

*"Preceitua o inciso III do artigo 5º da Lei n. 1.533/51 que não se dará mandado de segurança contra ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente e com inobservância de formalidade essencial. Doutrina e jurisprudência têm amenizado o rigor do dispositivo, admitindo o mandado de segurança para dizer-se, consideradas as normas pertinentes, da harmonia do ato disciplinar com os motivos que o respaldam legalmente."* (STF. MS n. 21.297-7-DF. Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**, Tribunal Pleno, DJ: 28.02.1992)

Considerando os dispositivos constitucionais a que me reporte, além do fato de inexistir qualquer amparo constitucional para a limitação do manejo do **mandamus** quando o ato apontado como coator for sanção disciplinar, afasto a alegação de que o controle jurisdicional, mediante mandado de segurança, seria limitado a **meros aspectos formais em razão de suposta discricionariedade administrativa**. Em síntese: **caso haja prova pré-constituída, não cabe inadmitir o uso da garantia fundamental do writ (art. 5º, inciso LXIX, CR/88), pelo simples fato de o ato coator ser disciplinar**.

Pontuo, por fim, que a posição ora apresentada **não adota as lições da doutrina clássica acerca da matéria** (v.g., **MEIRELLES**, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª ed. p. 121; e, **GASPARINI**, Diógenes. Direito Administrativo. 10ª ed., p. 235-236), a qual faz menção à discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar.

Minha posição, friso, nada mais faz do que sedimentar o que já vem sendo anunciado em precedentes (muitos deles em sede de mandado de segurança) que, **com base em princípios constitucionais**, anulam sanções

disciplinares. Além dos precedentes que já mencionei, a e. 5ª Turma deste c. Tribunal revelou, **em autos de mandado de segurança**, que o controle jurisdicional acerca de exoneração de agente público (posição perfeitamente ajustável em matéria disciplinar) **abarca a devida motivação do ato, o que implica avaliação do motivo (fato) apresentado, a saber:**

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPUGNAÇÃO AO VITALICIAMENTO. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. RECURSO PROVIDO.

1. O Órgão Especial do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, ao julgar a impugnação ao vitaliciamento do ora recorrente, Promotor de Justiça, concluiu tão-somente pela existência de dúvidas e incertezas a respeito de sua conduta funcional.

2. Havendo sido superada regularmente a fase probatória, os elementos de convicção encontravam-se presentes. Por conseguinte, à míngua de vícios formais no processo, **sobressai a patente inexistência de motivação hábil a ensejar sua exoneração.**

3. Recurso ordinário provido." (RMS n. 20288. Rel. para acórdão: Min. ARNALDO ESTEVES LIMA. Julgamento 19.06.2007) (grifo nosso)

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AVALIAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEVIDA MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AVALIAÇÃO QUADRIMESTRAL NÃO OBSERVADA.

I - **Acarreta a nulidade do ato de exoneração** a não observância do comando legal que impõe avaliações quadrimestrais mediante relatório circunstanciado.

II - Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, **sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito.**

Recurso ordinário provido." (RMS n. 19210. minha relatoria, Julgamento: 14.03.2006) (grifo nosso)

Ultrapassada a preliminar apresentada pela e. autoridade apontada como coatora, passo ao exame dos argumentos apresentados na exordial.

Inicialmente, o impetrante sustenta que teria havido prejuízo para sua defesa em razão de não ter sido indicado como acusado, quando do processo

administrativo disciplinar, e que não teria havido a indicação de fatos típicos que "*merecessem respostas concretas*" (fl. 04). Para tanto, alega ter sido notificado apenas como possível envolvido em irregularidades, sem que houvesse a individualização dos atos pelos quais deveria responder (fl. 7).

Constato que, realmente, quando da **instauração do processo administrativo disciplinar**, a Comissão notificou o impetrante informando-o da instauração do PAD como, também, indicou-o como "*possivelmente envolvido nas irregularidades a que se referem o presente processo, que se prende a fundados indícios de irregularidades na concessão de benefícios auxílio-doença na APS/João Pessoa - centro, sendo-lhe oferecido o direito de acompanhar o processo*" (fl. 169)

Nesta fase do processo, não há, propriamente, a tipificação da infração disciplinar, a qual será feita **somente no indiciamento** (art. 161, da Lei n. 8.112/90), após a instrução (fase denominada inquérito). Aliás, observo que o impetrante não juntou com a exordial deste **mandamus** o ato de indiciamento.

Assim, não há nulidade no conteúdo versado na notificação que informou o impetrante da instauração do processo administrativo disciplinar. Correta, nesse aspecto, a manifestação da e. autoridade coatora:

*"É cediço que a notificação do servidor para acompanhar o desenvolvimento do processo disciplinar, pessoalmente ou por intermédio de procurador legalmente constituído, é feita imediatamente após a instalação da Comissão, a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o artigo 156 da Lei n. 8.112/90.*

*Todavia, é evidente que nesta fase processual o servidor ainda encontra-se na qualidade de envolvido nas irregularidades em apuração, só passando a figurar como indiciado depois de concluída toda a instrução processual, momento em que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor com a especificação dos fatos a ele imputado e das respectivas provas (art. 161, caput, da Lei n. 8.112/90).*

***Cumprе enfatizar que, depois de elaboração o Termo de Indicição, o impetrante foi devidamente citado, momento em que apresentou defesa escrita por meio de advogado por ele constituído, não havendo afronta ao contraditório e ampla defesa.***" (fl. 362) (g.n.)

Precedentes desta e. Corte confirmam esse entendimento:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

CONCLUSÃO. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO DO PAD. PUBLICAÇÃO EM BOLETIM INTERNO. LEGALIDADE.

DESCRIÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS A SEREM APURADOS. DESNECESSIDADE.

PRECEDENTES.

[...]

II - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

[...]

Segurança denegada.

(MS 12.369/DF, minha relatoria, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27.06.2007, DJ 10.09.2007 p. 185)

Ademais, verifica-se, a partir de todo o conteúdo da **defesa escrita apresentada pelo impetrante após o seu indiciamento (fls. 25/33)**, que não houve prejuízo a sua defesa o fato de ele ter sido considerado como "possivelmente envolvido", quando da **notificação inicial** do processo disciplinar. Observo, a propósito, que a Comissão Disciplinar atestou que o impetrante, já na fase instrutória, manifestou-se quanto "*à formalização de quesitos*" (fl. 40), tendo participado, portanto, dos atos posteriores à instauração do PAD e anteriores ao indiciamento.

**O impetrante também** afirma que em "*nenhum ponto do processo há a vinculação*" dele "*com os supostos criminosos*", uma vez que existiria apenas menção a seu nome, "*mas nunca como participante*", conforme se depreende das degravações realizadas com autorização judicial (fl. 9).

Outrossim, aduz que inexistente, no interrogatório, confissão acerca das acusações, mas, apenas, relato das condições precárias de trabalho na unidade do INSS onde desenvolvia suas funções. Do mesmo modo, o impetrante afirma que inexistente, nos depoimentos prestados pelas testemunhas Aparecida de Fátima

Bezerra Barros e Benedito Ferreira da Silva, referência ao seu nome que pudesse, ao menos, atestar sua participação em condutas ilícitas (fl. 10).

Tais questões dizem respeito **apenas a parte** do conjunto probatório considerado no ato apontado como coator. Ocorre que se faz necessário, para ser cabível a anulação de uma sanção disciplinar, a consideração de toda a motivação apresentada neste ato, **a qual, repito, baseou-se em um conjunto probatório mais extenso do que faz parecer o impetrante**. Todavia, como passo a demonstrar, **não foi juntado, com a exordial**, o inteiro teor do processo administrativo disciplinar, que parece conter mais de 3.000 folhas, do que resulta **a inviabilidade de apreciação de tais fundamentos na via eleita**.

O cabimento do mandado de segurança, tendo em vista a indispensável prova pré-constituída, requer que os fundamentos apresentados pelo impetrante estejam suficientemente demonstrados com a exordial. Para tanto, por vezes, requer-se a indispensável juntada da íntegra do processo administrativo disciplinar. Sobre isso esta c. Corte já se manifestou:

"MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. REINTEGRAÇÃO AO CARGO. INFRAÇÕES RESIDUAIS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PROCESSO EXTINTO.

Inviável a apreciação do pedido do impetrante, já que não consta, neste writ, o processo administrativo disciplinar originário, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de demissão aplicada, tendo em vista a existência de infrações administrativas residuais.

Mandado de segurança extinto, sem resolução de mérito, tendo em vista a inadequação da via eleita." (MS n. 10973, minha relatoria, Julgamento: 22.11.2006)

Ora, no caso em apreço, verifico que o **relatório da Comissão Disciplinar**, que fora acolhido pela e. autoridade apontada como coatora, **faz referência a uma série de provas colhidas no curso do respectivo processo administrativo disciplinar, a saber:**

*"Resta inegavelmente provado que o servidor Aílton Félix da Nóbrega, matrícula SIAPE n. 0564954, participou da organização criminosa especializada em fraudar a*

*Previdência Social, quando realizou exame médico - periciais iniciais (AX) e subsequentes (AXN), cuja autoria e materialidade estão alicerçadas nos **processos concessórios, quesitos formulados à junta médica oficial, laudos médicos periciais da junta médica oficial, testemunhos, interrogatório e confissão, adiante enumerados:***

***Processos Concessórios dos segurados** Espedita Maria de Jesus, Benedito Ferreira da Silva, Maria de Fátima de Macedo Ferreira, Aparecida de Fátima Bezerra Barros, Severino Silvestre do Nascimento, Antônio de Farias Barbosa, Maria Anunciada da Silva, e Adailton da Silva;*

***Respostas dadas aos quesitos formulados pelos acusados** Aílton Félix da Nóbrega e Maria Nunes de Oliveira Maciel e pela comissão;*

***Laudos Médico-Periciais produzidos pela Junta Médica Oficial, referentes aos segurados** Adailton da Silva, Antônio de Farias Barbosa, Aparecida de Fátima Bezerra Barros, Benedito Ferreira da Silva, Espedita Maria de Jesus, Maria Anunciada da Silva, Maria de Fátima de Macedo Ferreira e Severino Silvestre do Nascimento;*

*Testemunhos dos segurados Aparecida de Fátima Bezerra Barros e Benedito Ferreira da Silva;" (fl. 49) (grifos nossos)*

Ocorre que o impetrante não apresentou a íntegra do processo administrativo disciplinar, por meio da qual referidas provas poderiam ser examinadas com o intuito de verificar a adequação da sanção aplicada, considerando, evidentemente, a motivação do ato sancionador.

Não há, por exemplo, os processos concessórios de benefícios para que se verifique a manifestação do impetrante, quando do exame dos segurados. Não há, também, os laudos médicos reportados pela Comissão.

Tais documentos são indispensáveis, na medida em que o impetrante alega que não estaria demonstrada sua participação nas condutas ilícitas. Como avaliar esse fundamento sem que as provas referidas pela Comissão Disciplinar, as quais, repita-se, foram acolhidas pelo ato sancionador, sejam apresentadas?

Contestar conclusão de laudo pericial, por meio de mandado de segurança, já não é tarefa fácil, ainda mais quando não são apresentados - prova pré-constituída - todos os elementos para tanto.

Com efeito, **acolho a alegação de inadequação de via eleita**, razão pela qual restam prejudicados os demais argumentos apresentados pelo impetrante. Não há, todavia, prejuízo do manejo das via ordinárias, até porque, como sustentei, o controle jurisdicional sobre a matéria é amplo.

Denego a ordem, ressalvadas as vias ordinárias.

É o voto.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 12.983 - DF (2007/0169559-9)**

**Relator: MINISTRO FELIX FISCHER**

IMPETRANTE: AILTON FELIX DA NÓBREGA

ADVOGADO: IRAPUAN SOBRAL FILHO E OUTRO(S)

IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

**VOTO-VOGAL**

(MINISTRO NAPOLEÃO MAIA FILHO)

1. Sr. Presidente, quero cumprimentar o eminente Ministro Relator pela excelente aula que acaba de proferir sobre a natureza não-discricionária do ato administrativo que aplica sanção.

2. Na verdade, como S. Exa. bem ressaltou, trata-se de ato materialmente jurisdicional em que não há escolhas múltiplas à disposição do administrador.

3. Essa preleção que o eminente Ministro Relator acaba de fazer, não vou dizer que surpreende, porque de S. Exa. sempre se esperam coisas do mais fino valor, como faz habitualmente na Quinta Turma, brindando-nos com verdadeiras descobertas na seara do Direito Penal e do Processo Penal, e, agora, também, na seara do Processo Administrativo Disciplinar.

4. Concordo plenamente com o eminente Ministro Relator quando afirma que faltam elementos para a formação de uma convicção segura a propósito até da

desproporção da sanção em relação à infração. Porém, se bem percebi, tudo resultou de atestados médicos que a impetrante teria passado, não é verdade?

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

### **TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2007/0169559-9

**MS 12983/DF**

Número Origem: 35204001433200593

PAUTA: 12/12/2007

JULGADO: 12/12/2007

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HAMILTON CARVALHIDO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO-C. DE ALBUQUERQUE

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE: AILTON FELIX DA NÓBREGA

ADVOGADO: IRAPUAN SOBRAL FILHO E OUTRO(S)

IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

ASSUNTO: Administrativo - Servidor Público Civil - Aposentadoria -  
Cassação



### **SUSTENTAÇÃO ORAL**

A Dra. Juliana Brasil Ponte Guimarães Coury sustentou oralmente pelo impetrante.

A Dra. Ana Valéria de Andrade Rabelo sustentou oralmente pela União.

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG) e Nilson Naves.

Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 12 de dezembro de 2007

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

Secretária